


|                            |  |
|----------------------------|--|
| <b>Gericht:</b>            | BAG 7. Senat   |
| <b>Entscheidungsdatum:</b> | 17.02.2010   |
| <b>Rechtskraft:</b>        | ja   |
| <b>Aktenzeichen:</b>       | 7 ABR 89/08  |
| <b>Dokumenttyp:</b>        | Beschluss  |
| <b>Quelle:</b>             |                               |
| <b>Normen:</b>             | § 78a Abs 2 S 1 BetrVG, § 78a Abs 4 Nr 2 BetrVG, § 611 Abs 1 BGB, § 83 Abs 3 ArbGG, § 78a Abs 3 ArbGG ... mehr |
| <b>Zitiervorschlag:</b>    | BAG, Beschluss vom 17. Februar 2010 – 7 ABR 89/08 –, juris   |

---

## **Auflösung eines Arbeitsverhältnisses eines Auszubildendenvertreters - Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung - Einsatz von Leiharbeitnehmern**

### **Orientierungssatz**

1. Dem Arbeitgeber ist die Übernahme eines durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden aus betrieblichen Gründen nicht allein deshalb unzumutbar, weil sich der Arbeitgeber entschließt, die in seinem Betrieb anfallenden Arbeitsaufgaben künftig nicht mehr eigenen Vertragsarbeitnehmern, sondern Leiharbeitnehmern zu übertragen.(Rn.21)
2. Beschäftigt der Arbeitgeber bereits Leiharbeiter auf dauerhaft eingerichteten Arbeitsplätzen, so kann es ihm nach den Umständen des Einzelfalls zumutbar sein, einen solchen Arbeitsplatz für den zu übernehmenden Jugend- und Auszubildendenvertreter freizumachen.(Rn.22)
3. Es unterliegt der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers zu entscheiden, ob beispielsweise durch einen Abbau von Überstunden oder durch eine Modifikation der Schichtenteilung, ein Arbeitsplatz geschaffen werden soll oder nicht.(Rn.27)
4. Will ein durch § 78a BetrVG geschützter Auszubildender auch zu anderen Arbeitsbedingungen im Ausbildungsbetrieb übernommen werden, muss er dem Arbeitgeber diese Bereitschaft unverzüglich nach dessen Mitteilung der Nichtübernahme erklären und dabei konkret angeben, zu welchen Bedingungen er sich die Weiterarbeit vorstellt.(Rn.32)
5. Der Antrag auf Auflösung eines nach § 78a Abs 4 Nr 2 BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses braucht nicht von allen an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen, sondern nur vom Ausbildungsunternehmen gestellt werden.(Rn.14)

### Fundstellen

DB 2010, 1355-1356 (red. Leitsatz und Gründe)  
 EzA-SD 2010, Nr 13, 18-21 (red. Leitsatz und Gründe)  
 EzA § 78a BetrVG 2001 Nr 5 (red. Leitsatz und Gründe)  
 EzB BetrVG § 78a Nr 14 (red. Leitsatz und Gründe)  
 ZBVR online 2010, Nr 10, 3-6 (red. Leitsatz und Gründe)  
 AP Nr 53 zu § 78a BetrVG 1972 (red. Leitsatz und Gründe)  
 Verfahrensgang

vorgehend ArbG Bochum, 6. Juli 2007, 1 BV 6/07, Beschluss  
vorgehend Landesarbeitsgericht Hamm (Westfalen) 10. Kammer, 22. Februar 2008, 10 TaBV 93/07, Beschluss  
nachgehend Landesarbeitsgericht Hamm (Westfalen) 10. Kammer, 14. Januar 2011, 10 TaBV 58/10, Beschluss  
Diese Entscheidung wird zitiert

### **Literaturnachweise**

Wolfgang Hamann, jurisPR-ArbR 31/2010 Anm. 3 (Anmerkung)  
Steffen Krieger, ArbR 2010, 377 (Anmerkung)  
Philipp Meese, AuA 2011, 491-492 (Anmerkung)  
Björn Gaul, Daniel Ludwig, DB 2010, 2334-2339 (Entscheidungsbesprechung)  
Martina Rissing, dbr 2010, Nr 12, 39 (Anmerkung)  
... mehr

### **Praxisreporte**

Wolfgang Hamann, jurisPR-ArbR 31/2010 Anm. 3 (Anmerkung)

### **Tenor**

Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2) wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. Februar 2008 - 10 TaBV 93/07 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

### **Gründe**

- 1 A. Die Beteiligten streiten über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines Mitglieds der Jugend- und Auszubildendenvertretung.
- 2 Die antragstellende und zu 1. beteiligte Arbeitgeberin ist ein Unternehmen der Automobilindustrie. Für ihren in B - vormals gemeinsam mit der G GmbH - geführten Betrieb sind der zu 3. beteiligte Betriebsrat und die zu 4. beteiligte Jugend- und Auszubildendenvertretung gewählt worden. Die Beteiligte zu 2. absolvierte bei der Arbeitgeberin eine Ausbildung für den Beruf einer Mechatronikerin, die sie mit am 23. Januar 2007 bestandener Abschlussprüfung beendete. Im Jahre 2004 wurde sie in die Jugend- und Auszubildendenvertretung als Ersatzmitglied gewählt; im September 2006 rückte sie als Mitglied nach. Bei der turnusmäßigen Wahl der Jugend- und Auszubildendenvertretung im November 2006 wurde sie erneut als Ersatzmitglied gewählt.
- 3 Zur Herstellung und Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit des B Werks führte die Arbeitgeberin seit Anfang 2005 ein Restrukturierungsprogramm durch, welches unter anderem beinhaltete, Auszubildende der Abschlussjahrgänge 2006 und 2007 nicht zu übernehmen. Die Arbeitgeberin war bemüht, diesen Auszubildenden nach der Berufsausbildung den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags mit der Firma A zu ermöglichen. Bis auf wenige Ausnahmen wurden die Auszubildenden, die seit Anfang 2006 ihre Abschluss-

prüfung bestanden hatten, bei der Arbeitgeberin im Wege der Arbeitnehmerüberlassung als Leiharbeiter eingesetzt. Die Beteiligte zu 2. bewarb sich nicht bei der Firma A.

4

Nachdem die Arbeitgeberin am 24. Oktober 2006 der Beteiligten zu 2. schriftlich mitgeteilt hatte, dass sie nicht in ein Arbeitsverhältnis übernommen werde, beantragte diese mit Schreiben vom 18. Januar 2007 ihre Übernahme in ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis im erlernten Beruf im Anschluss an ihre Ausbildung. In diesem Schreiben gab sie ua. an:

„Sollte eine entsprechende Beschäftigung nicht möglich sein, so wäre ich hilfsweise auch bereit, zu anderen als den sich aus § 78a BetrVG ergebenden Arbeitsbedingungen in ein Arbeitsverhältnis übernommen zu werden.“

5 Die Arbeitgeberin hat mit ihrer am 31. Januar 2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragschrift die Auflösung des mit der Beteiligten zu 2. begründeten Arbeitsverhältnisses begehrt und diesen Antrag „aus anwaltlicher Vorsorge auch namens und in Vollmacht“ der G GmbH gestellt. Sie hat gemeint, die Weiterbeschäftigung der Beteiligten zu 2. sei ihr mangels vorhandener Beschäftigungsmöglichkeiten unzumutbar. Eine Übernahme in ein Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beteiligte zu 2. nicht konkret beschrieben habe, wie sie sich eine anderweitige Weiterarbeit vorstelle.

6

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

das am 23. Januar 2007 begründete Arbeitsverhältnis mit der Beteiligten zu 2. aufzulösen.

7 Die Beteiligte zu 2. hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, bereits ihr derzeitiger Einsatz in der Abteilung Fertigungsmontage auf dem Arbeitsplatz „2. Sitzreihe verschrauben“ rechtfertige die Annahme einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Ebenso deuteten die Umstände, dass in dieser Abteilung zahlreiche Überstunden anfielen und ihre Bitte auf Freistellung von der Dauernachtschicht abschlägig beschieden worden sei, darauf hin, dass die Weiterbeschäftigung nicht unzumutbar sei. Außerdem gebe es bei der Arbeitgeberin zumindest in der Logistik und im „Bereich KTL“ freie und zu besetzende Arbeitsplätze. Ferner spreche die Ausschreibung von Stellen in den Bereichen Werksicherheit/-feuerwehr sowie Supply Chain Operations Vehicles für eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Schließlich beschäftige die Arbeitgeberin Leiharbeiter und bringe damit zum Ausdruck, dass Arbeitsplätze frei seien, welche mit eigenen Mitarbeitern besetzt werden könnten.

8 Das Arbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberin entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen eingelegte Beschwerde der Beteiligten zu 2. zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt die Beteiligte zu 2. weiterhin die Abweisung des Antrags der Arbeitgeberin.

- 9 B. Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2. hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht. Mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann dem Antrag der Arbeitgeberin nicht entsprochen werden. Der Senat kann aufgrund der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht beurteilen, ob der rechtzeitig gestellte Auflösungsantrag der Arbeitgeberin begründet ist. Das Beschwerdegericht hat es zu Unrecht für unbeachtlich gehalten, dass im Betrieb Leiharbeitnehmer beschäftigt worden sind.
- 10 I. Am Verfahren ist neben den Beteiligten zu 1. bis 4. die G GmbH nicht (*mehr*) beteiligt.
- 11 1. Nach § 83 Abs. 3 ArbGG sind in einem Beschlussverfahren neben dem Antragsteller, dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern diejenigen Stellen anzuhören, die nach dem Betriebsverfassungsgesetz oder den anderen in der Norm genannten Gesetzen im einzelnen Fall beteiligt sind. Als Beteiligte in Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes ist jede Stelle anzusehen, die durch die begehrte Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar betroffen ist (*BAG 18. April 2007 - 7 ABR 30/06 - Rn. 15 mwN, BAGE 122, 96*) . Dies hat das Gericht von Amts wegen auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz zu beachten (*BAG 2. Oktober 2007 - 1 ABR 79/06 - Rn. 10, EzA ZPO 2002 § 559 Nr. 1*) .
- 12 2. Die G GmbH ist in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung nicht (*mehr*) betroffen. Von einem Auflösungsverfahren nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG hängt die personelle Zusammensetzung der im Betrieb gebildeten Jugend- und Auszubildendenvertretung ab (*BAG 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 14, DB 2009, 1473*) . Der von der Arbeitgeberin und der G GmbH in B vormals gemeinsam geführte Betrieb ist aber, wie die Beteiligten im Rechtsbeschwerdeverfahren übereinstimmend angegeben haben, mittlerweile aufgelöst und wird nur von der Arbeitgeberin fortgeführt.
- 13 II. Der Senat kann aufgrund der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht beurteilen, ob der Auflösungsantrag der Arbeitgeberin begründet ist.
- 14 1. Allerdings ist entgegen der von der Beteiligten zu 2. im Rechtsbeschwerdeverfahren vertretenen Auffassung der Auflösungsantrag nach § 78a Abs. 4 Nr. 2 BetrVG nicht bereits deshalb zurückzuweisen, weil ihn nur die zu 1. beteiligte Arbeitgeberin gestellt hat. Die Auflösung eines nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses betrifft nicht die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitgeberstellung aller an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen, sondern nur die des Vertragsarbeitgebers des ehemaligen Auszubildenden. Vertragsarbeitgeber ist die natürliche oder juristische Person, mit dem das Mitglied der in § 78a Abs. 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen ein Berufsausbildungsverhältnis abgeschlossen hat. Durch das in § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG vorgesehene Verfahren hat der Vertragsarbeitgeber die Möglichkeit, sich bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen aus dem gesetzlich begründeten Arbeitsverhältnis zu lösen. Der Streit geht allein um die Aufrechterhaltung der vertragsrechtlichen Bindung zwischen den ehemaligen Parteien des Berufsausbildungsverhältnisses (*vgl. BAG 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 10 ff., DB 2009, 1473*) . Dies sind vorliegend die zu 1. beteiligte Arbeitgeberin und die Beteiligte zu 2.
- 15 2. Hingegen vermag der Senat auf der Grundlage der bisher vom Landesarbeitsgericht getroffenen Tatsachenfeststellungen nicht zu beurteilen, ob der Arbeitgeberin die Weiterbeschäftigung der Beteiligten zu 2. zum Zeitpunkt der Beendigung ihres Berufsausbil-

dungsverhältnisses zumutbar war. Es fehlen hinreichende Feststellungen des Beschwerdegerichts, ob im Ausbildungsbetrieb im maßgeblichen Zeitraum vom 23. Oktober 2006 bis zum 23. Januar 2007 ein freier und für eine Besetzung mit der Beteiligten zu 2. geeigneter dauerhafter Arbeitsplatz als Mechatronikerin zur Verfügung gestanden hat.

- 16 a) Nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG gilt zwischen einem Auszubildenden, der Mitglied des Betriebsrats oder eines der anderen dort genannten Betriebsverfassungsorgane ist, und dem Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet, wenn der Auszubildende in den letzten drei Monaten vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses vom Arbeitgeber schriftlich die Weiterbeschäftigung verlangt. Diese Übernahmeverpflichtung soll die Ämterkontinuität der in § 78a Abs. 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen gewährleisten und den Amtsträger vor nachteiligen Folgen bei seiner Amtsführung während des Berufsausbildungsverhältnisses schützen. Die Vorschrift stellt eine besondere gesetzliche Ausformung des betriebsverfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbots von Amtsträgern in § 78 Satz 2 BetrVG dar. Durch ein form- und fristgerechtes Übernahmeverlangen des Auszubildenden entsteht zwischen dem Arbeitgeber und dem Mitglied der in § 78a Abs. 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ein unbefristetes Vollzeitverhältnis in seinem Ausbildungsberuf.
- 17 b) Der Arbeitgeber kann gemäß § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BetrVG die Begründung eines Arbeitsverhältnisses nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG verhindern oder gemäß § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG dessen Auflösung herbeiführen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer ihm die Weiterbeschäftigung unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zugemutet werden kann. Dabei stimmt der Begriff der Zumutbarkeit in § 78a Abs. 4 Satz 1 BetrVG mit dem in § 626 Abs. 1 BGB nicht überein.
- 18 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats ist dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nicht erst dann unzumutbar, wenn die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB erfüllt sind. Die zum Begriff der Unzumutbarkeit in § 626 Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätze lassen sich nicht auf § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG übertragen. Der Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn dem Arbeitgeber schon die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann. Bei der Auflösung des nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG entstandenen Arbeitsverhältnisses ist demgegenüber maßgeblich, ob dem Arbeitgeber die Beschäftigung des Amtsträgers in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zumutbar ist (*BAG 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 16, DB 2009, 1473; 6. November 1996 - 7 ABR 54/95 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 84, 294*).
- 19 bb) Neben personen- und verhaltensbedingten Gründen können auch betriebliche Gründe die Auflösung des kraft Gesetzes entstandenen Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Die Fortsetzung des nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen unzumutbar, wenn in seinem Betrieb kein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, auf dem der Auszubildende mit seiner durch die Ausbildung erworbenen Qualifikation dauerhaft beschäftigt werden kann. Maßgeblich sind die Verhältnisse im Ausbildungsbetrieb (*BAG 15. November 2006 - 7 ABR 15/06 - Rn. 21 mwN, BAGE 120, 205*).
- 20 (1) Ob ein Beschäftigungsbedarf für den durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden zur Verfügung steht, bestimmt sich nach den arbeitstechnischen Vorgaben und der Personalplanung des Arbeitgebers, der darüber entscheidet, welche Arbeiten im Betrieb

verrichtet werden sollen und wie viele Arbeitnehmer damit beschäftigt werden. Ohne Bedeutung ist daher, ob Arbeitsaufgaben vorhanden sind, mit deren Verrichtung ein Arbeitnehmer betraut werden könnte. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen Arbeitsplätze neu zu schaffen, um die Weiterbeschäftigung zu gewährleisten. Von Missbrauchsfällen abgesehen ist der Arbeitgeber grundsätzlich auch nicht gehindert, durch eine Veränderung der Arbeitsorganisation Arbeitsplätze wegfällen zu lassen. Ist hingegen im Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses ein freier Arbeitsplatz vorhanden, hat bei der Prüfung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung ein künftiger Wegfall von Arbeitsplätzen unberücksichtigt zu bleiben (*BAG 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 18 mwN, DB 2009, 1473*).

- 21 (2) Nach diesen Grundsätzen ist dem Arbeitgeber die Übernahme eines durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden aus betrieblichen Gründen nicht allein deshalb unzumutbar, weil sich der Arbeitgeber entschließt, die in seinem Betrieb anfallenden Arbeitsaufgaben künftig nicht mehr eigenen Vertragsarbeitnehmern, sondern Leiharbeitnehmern zu übertragen. Durch diese Entscheidung allein wird weder die Anzahl der Arbeitsplätze noch die Arbeitsmenge verändert, für deren Bewältigung der Arbeitgeber Arbeitnehmer einsetzt. Die bisher anfallenden Arbeiten werden nach wie vor von dem Arbeitgeber innerhalb seiner betrieblichen Organisation mit Arbeitskräften erledigt, die diese Arbeitsaufgaben nach seinen Weisungen für ihn ausführen. Der Arbeitgeber deckt seinen Arbeitskräftebedarf lediglich mit Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers, der sie ihm auf der Grundlage eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zur Förderung seiner Betriebszwecke zur Verfügung stellt. Die dem Arbeitgeber als Entleiher überlassenen Arbeitnehmer werden von diesem nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt. Durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern entfällt daher lediglich der Bedarf an der Beschäftigung von Arbeitnehmern, die in einem durch Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen. Dies führt nicht zur Unzumutbarkeit iSd. § 78a Abs. 4 BetrVG, weil sich allein durch die Entscheidung des Arbeitgebers, künftig für die Erledigung der Arbeitsmenge Leiharbeitnehmer einzusetzen, die Anzahl der im Betrieb eingerichteten Arbeitsplätze und damit auch der Beschäftigungsbedarf nicht ändert (*BAG 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 19 mwN, DB 2009, 1473*).
- 22 (3) Auch dann, wenn sich der Arbeitgeber nicht erst anlässlich der Übernahme des nach § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden zum künftigen Einsatz von Leiharbeitnehmern entschließt, sondern wenn er bereits Leiharbeitnehmer auf dauerhaft eingerichteten, ausbildungsadäquaten Arbeitsplätzen beschäftigt, kann es ihm zumutbar sein, einen solchen Arbeitsplatz für den zu übernehmenden Jugend- und Auszubildendenvertreter freizumachen. Die Zumutbarkeit richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Sie lässt sich generell weder bejahen noch verneinen. Für ihre Beurteilung können berechnete betriebliche Interessen an der Weiterbeschäftigung gerade dieses Leiharbeitnehmers oder vertragliche Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber dem Verleiher von Bedeutung sein.
- 23 cc) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist für die Feststellung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung iSd. § 78a Abs. 4 BetrVG auf den Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses abzustellen. Die Weiterbeschäftigung eines durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden kann dem Arbeitgeber iSd. § 78a Abs. 4 BetrVG im Einzelfall auch zumutbar sein, wenn er einen kurz vor der Beendigung der Berufsausbildung frei gewordenen Arbeitsplatz wieder besetzt hat, statt ihn für einen nach

§ 78a BetrVG geschützten Auszubildenden freizuhalten. Das gilt regelmäßig bei einer Be-  
setzung, die innerhalb von drei Monaten vor dem vereinbarten Ende des Ausbildungsver-  
hältnisses vorgenommen wird, da der Arbeitgeber innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums  
des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG mit einem Übernahmeverlangen rechnen muss. Diesem  
Verlangen muss er entsprechen, wenn nicht die Ausnahmetatbestände des § 78a Abs. 4  
BetrVG vorliegen. Aus diesem Grund führt ein zum Zeitpunkt der Beendigung der Aus-  
bildung fehlender Beschäftigungsbedarf nicht zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäfti-  
gung, wenn der Arbeitgeber einen innerhalb von drei Monaten vor der vertraglich verein-  
barten Beendigung des Ausbildungsverhältnisses frei gewordenen Arbeitsplatz besetzt  
hat und die sofortige Neubesetzung nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse ge-  
boten war (BAG 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 20 mwN, DB 2009, 1473; 16. Ju-  
li 2008 - 7 ABR 13/07 - Rn. 24, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 50 = EzA BetrVG 2001 § 78a  
Nr. 4) .

- 24 c) Hiernach ist zwischen der Arbeitgeberin und der Beteiligten zu 2. im Anschluss an das  
Berufsausbildungsverhältnis nach § 78a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BetrVG ein Arbeitsverhält-  
nis zustande gekommen. Dagegen lässt sich aufgrund der bislang getroffenen tatsäch-  
lichen Feststellungen nicht abschließend beurteilen, ob der Arbeitgeberin die Weiterbe-  
schäftigung der Beteiligten zu 2. bei Abschluss des Berufsausbildungsverhältnisses unzu-  
mutbar war.
- 25 aa) Die Voraussetzungen des § 78a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BetrVG sind erfüllt. Die Betei-  
ligte zu 2. gehört zu dem nach § 78a Abs. 1 BetrVG geschützten Personenkreis. Sie war  
Auszubildende und rückte im September 2006 als Mitglied in die Jugend- und Auszubil-  
dendenvertretung nach. Zwar war sie zum Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbil-  
dungsverhältnisses am 23. Januar 2007 nicht mehr Mitglied, sondern aufgrund der tur-  
nummäßigen Wahl vom November 2006 erneut Ersatzmitglied der Jugend- und Auszubil-  
dendenvertretung. Nach § 78a Abs. 3 BetrVG gilt § 78a Abs. 2 BetrVG aber auch für ein  
ehemaliges Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung, wenn das Berufsausbil-  
dungsverhältnis vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit endet. Dies ist  
vorliegend der Fall. Die Beteiligte zu 2. hat auch mit Schreiben vom 18. Januar 2007 in-  
nerhalb der Frist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ihre Weiterbeschäftigung von der Ar-  
beitgeberin begehrt.
- 26 bb) Auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen kann der Senat nicht  
abschließend beurteilen, ob der Auflösungsantrag der Arbeitgeberin begründet ist.
- 27 (1) Wie das Beschwerdegericht zutreffend erkannt hat, ergab sich eine Beschäftigungs-  
möglichkeit für die Beteiligte zu 2. nicht daraus, dass im Betrieb Überstunden geleistet  
wurden und die Arbeitgeberin die Bitte der Beteiligten zu 2. auf Freistellung von der Dau-  
ernachtschicht abgelehnt hat. Es unterliegt der unternehmerischen Freiheit des Arbeit-  
gebers zu entscheiden, ob durch Abbau von Überstunden oder Modifikationen bei den  
Schichtenteilungen ein Arbeitsplatz geschaffen werden soll oder nicht. Auch die von der  
Beteiligten zu 2. konkret benannten Stellen hat das Landesarbeitsgericht zutreffend für  
unerheblich gehalten. Bei diesen Stellen fehlt es ungeachtet der Frage, wann sie zu be-  
setzen waren, an jeglichen Anhaltspunkten, dass es sich um ausbildungsadäquate Ar-  
beitsplätze handelt.
- 28 (2) Gegen die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung spricht nicht der Einsatz der Be-  
teiligten zu 2. in der Fertigungsmontage. Wie die Beteiligten im Anhörungstermin vor  
dem Senat übereinstimmend klargestellt haben, handelt es sich bei dem Arbeitsplatz

„2. Sitzreihe verschrauben“ nicht um einen ausbildungsadäquaten Arbeitsplatz. Nur wenn die tatsächliche Beschäftigung im gemäß § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG begründeten Arbeitsverhältnis ausbildungsgerecht wäre, könnte dies gegen die Annahme einer Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung sprechen. Der Arbeitgeber wäre insoweit gehalten näher zu erklären, warum die Weiterbeschäftigung dennoch nicht zumutbar sein soll.

- 29 (3) Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern im Werk B für die Beurteilung der Unzumutbarkeit iSd. § 78a Abs. 4 Satz 1 BetrVG ohne Bedeutung sei. Zwar steht - entgegen der wohl von der Beteiligten zu 2. vertretenen Auffassung - nicht jedwede Beschäftigung von Leiharbeitnehmern der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG entgegen. Das Landesarbeitsgericht hätte aber dem zur Beschäftigung von Leiharbeitnehmern gehaltenen Vortrag nachgehen und insbesondere aufklären müssen, ob in dem maßgeblichen Drei-Monats-Zeitraum des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG im Ausbildungsbetrieb Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt waren, auf denen die Beteiligte zu 2. mit ihrer in der Berufsausbildung erworbenen beruflichen Qualifikation hätte beschäftigt werden können und die nach den Vorgaben der Arbeitgeberin nicht nur vorübergehend zur Verfügung standen. Dies muss das Landesarbeitsgericht nach der Zurückverweisung feststellen. Sollte ein ausbildungsgerechter, dauerhafter Arbeitsplatz im maßgeblichen Zeitraum mit einem Leiharbeiter besetzt gewesen sein, wäre auch aufzuklären, ob zur Zeit der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses berechnete betriebliche Belange der Arbeitgeberin gleichwohl gegen die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung der Beteiligten zu 2. sprachen.
- 30 (4) Dagegen muss das Landesarbeitsgericht nicht prüfen, ob der Arbeitgeberin die Weiterbeschäftigung der Beteiligten zu 2. zu geänderten Arbeitsbedingungen zumutbar gewesen wäre. Eine anderweitige Beschäftigung musste die Arbeitgeberin wegen der nur ungenügenden Bereitschaftserklärung der Beteiligten zu 2. im schriftlichen Übernahmeverlangen nicht in Betracht ziehen.
- 31 (a) Nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG entsteht kraft Gesetzes durch ein vom Auszubildenden form- und fristgerecht erhobenes Weiterbeschäftigungsverlangen ein unbefristetes Vollzeitverhältnis, das einen Anspruch auf eine ausbildungsgerechte Beschäftigung im Ausbildungsbetrieb begründet. Inhaltliche Änderungen dieses Arbeitsverhältnisses unterliegen dem Konsensprinzip, so dass der Auflösungsantrag nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG nicht mit der Begründung abgewiesen werden darf, dem Arbeitgeber wäre die Begründung eines anderen als des nach § 78a Abs. 2 BetrVG entstehenden Arbeitsverhältnisses zumutbar gewesen. Aus dem Schutzzweck des § 78a BetrVG ergibt sich allerdings eine Pflicht des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung des Auszubildenden zu anderen als den sich aus § 78a BetrVG ergebenden Arbeitsbedingungen, wenn sich der Auszubildende zumindest hilfsweise mit einer Beschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen bereit erklärt hat. Übernimmt der Arbeitgeber zB andere Auszubildende in ein nicht ausbildungsgerechtes Arbeitsverhältnis, ist er zur Vermeidung einer ansonsten eintretenden Benachteiligung eines durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden wegen der Amtsausübung auch bei dessen Weiterbeschäftigungsverlangen zur Begründung eines entsprechenden Arbeitsverhältnisses verpflichtet. Die Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers zu geänderten Arbeitsbedingungen ist gleichfalls betriebsbezogen. Hat der Auszubildende seine Bereitschaft zu einer anderweitigen Beschäftigung im Ausbildungsbetrieb erklärt, muss der Arbeitgeber prüfen, ob ihm diese möglich und zumutbar ist. Unterlässt er die Prüfung oder verneint er zu Unrecht die



Möglichkeit und die Zumutbarkeit, so kann das nach § 78a Abs. 2 BetrVG entstandene, auf die ausbildungsgerechte Beschäftigung gerichtete Arbeitsverhältnis nicht nach § 78a Abs. 4 BetrVG aufgelöst werden, obwohl eine vollzeitige Beschäftigungsmöglichkeit in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis im Ausbildungsberuf nicht besteht. Der Arbeitgeber ist dann darauf verwiesen, die notwendigen Änderungen der Vertragsbedingungen durch individualrechtliche Maßnahmen durchzusetzen (*BAG 15. November 2006 - 7 ABR 15/06 - Rn. 42 mwN, BAGE 120, 205*).

- 32 Ein Auszubildender, der bei Fehlen einer ausbildungsadäquaten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auch zu anderen als den sich aus § 78a Abs. 2 BetrVG ergebenden Arbeitsbedingungen in ein Arbeitsverhältnis im Ausbildungsbetrieb übernommen werden möchte, muss dem Arbeitgeber unverzüglich nach dessen Nichtübernahmemitteilung seine Bereitschaft zu einer Übernahme in ein Arbeitsverhältnis zu geänderten Vertragsbedingungen mitteilen. Eine Einverständniserklärung im gerichtlichen Verfahren über den Auflösungsantrag genügt nicht. Dem Arbeitgeber muss ausreichend Zeit für die Prüfung der Bereitschaftserklärung und ggf. die Durchführung eines Beteiligungsverfahrens nach § 99 Abs. 1 BetrVG verbleiben. Der Auszubildende darf sich nicht darauf beschränken, sein Einverständnis mit allen in Betracht kommenden Beschäftigungen zu erklären oder die Bereitschaftserklärung mit einem Vorbehalt verbinden. Er muss vielmehr die von ihm hilfsweise für möglich gehaltene Beschäftigung so konkret beschreiben, dass der Arbeitgeber erkennen kann, wie sich der Auszubildende seine Weiterarbeit vorstellt. Kommt es nach der Bereitschaftserklärung zum Abschluss eines Arbeitsvertrags, wird hierdurch die Entstehung des gesetzlichen Arbeitsverhältnisses nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu ausbildungsadäquaten Bedingungen abbedungen oder der Inhalt des bereits entstandenen Arbeitsverhältnisses abgeändert. Lehnt der Auszubildende die vom Arbeitgeber angebotene anderweitige Beschäftigung ab, kann er sich im anschließenden Verfahren nach § 78a Abs. 4 BetrVG nicht darauf berufen, dem Arbeitgeber sei die Beschäftigung zumutbar (*BAG 15. November 2006 - 7 ABR 15/06 - Rn. 43 f. mwN, BAGE 120, 205*).

33

(b) Hier hat die Beteiligte zu 2. keine hinreichend bestimmte Bereitschaftserklärung zur Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen abgegeben. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, das Übernahmeverlangen vom 18. Januar 2007 habe sich auf eine pauschale Einverständniserklärung zu jeglicher Weiterarbeit beschränkt, ist rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden.

Lin-  
senmaier

Kiel

Schmidt

Vorbau

M. Zwis-  
ler